

顾问 任继圣 (中华全国律师协会会长、法学教授)

1998

主编 赵秉志教授

律师资格考试
专家指南

中国方正出版社



律师资格考试专家指南

- 主 编** 赵秉志 中国人民大学法学院教授、法学博士、博士生导师、律师
副主编 史际春 中国人民大学法学院教授、法学博士、博士生导师
龙翼飞 中国人民大学法学院教授、法学博士、博士生导师、律师
胡锦涛 中国人民大学法学院副教授、在职博士生、硕士生导师

其他撰稿人 (以姓氏笔画为序)

- 王新清 中国人民大学法学院副教授、在职博士生、律师
邢海宝 中国人民大学法学院讲师、法学博士
汤树梅 中国人民大学法学院副教授、在职博士生、硕士生导师、律师
肖中华 中国人民大学法学院博士生、律师
张曙光 中国人民大学法学院副教授、在职博士生、硕士生导师
单国军 中国人民大学法学院博士生、律师
姚 辉 中国人民大学法学院讲师、法学博士
黄京平 中国人民大学法学院副教授、法学博士、硕士生导师、律师
康守玉 中国人民大学法学院讲师、法学博士、律师
韩大元 中国人民大学法学院副教授、法学博士、硕士生导师
甄 贞 中国人民大学法学院副教授、在职博士生

图书在版编目 (CIP) 数据

律师资格考试专家指南/赵秉志主编. —北京: 中国方正出版社, 1998

ISBN 7-80107-235-9

I. 律… II. 赵… III. 律师—资格考核—学习参考资料
IV. D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (98) 第 12316 号

律师资格考试专家指南

中国方正出版社出版发行

(北京市西城区育幼胡同甲1号 邮编: 100813)

北京民族印刷厂印刷

开本: 787×1092 毫米 1/16 印张: 35.25 字数: 1070 千字

1998年5月北京第1版 1998年5月第1次印刷

印数: 1—3000册 定价: 65.00元

(该书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系)

编写说明

全国律师资格考试是我国改革开放政策的产物，亦是我国法制发展和社会进步的重要表现。实行法治、建设法治国家和法治社会，是实现国富民强和公平正义以及维持社会稳定发展的正确选择。依法治国、建设社会主义法治国家，乃是社会主义国家现代化的必由之路。在这一大背景下，律师便成为法治国家和法治社会不可或缺的一种神圣职业。通过全国统一考试的方式遴选律师，既体现了公平、公开、公正的原则，又保持了律师职业的高水准，更突出了律师职业的尊严和神圣感。

自1986年首开全国律师资格统一考试以来，全国有数十万有志于从事律师职业的各类优秀人才参加了这一考试，已有数万人通过考试取得了律师资格。伴随着社会主义市场经济体制的确立，需要律师提供法律服务的领域日益拓宽，社会对律师的需求进一步增大。同时，越来越多的优秀人才愿意献身于律师事业，为社会的发展和进步贡献力量。

《全国律师资格考试专家指南》一书，就是为了帮助有志于献身社会主义法治的律师事业的考生顺利通过律师资格考试而精心组织编写的。本书严格按照司法部关于律师资格考试的最新要求进行撰写，具有以下主要特点：

第一，作者具有较强的专业实力和较深的法律知识。本书作者全部为中国人民大学法学院的中青年教授、副教授及博士，他们各自在有关法学领域具有较深的造诣，对相应的知识有深入的研究。同时，他们之中大多又是兼职律师，对律考内容有职业的敏感性，有的作者虽非律师，但历年来多被聘为各类律考培训班的讲授教师而受到考生好评。

第二，内容准确。本着对考生高度负责的态度，各位作者无论在基本概念、基本知识、前后内容衔接上，还是在涉及各项法律、法规的具体内容把握方面，均坚持准确性。

第三，行文表述简洁实用，突出“应试”特点。本书属应试类书籍，其最突出的特点是“应试”，从律考范围及历年考题类型出发，对于理论性、历史性及争议性的知识不作介绍，即使属于律考范围的内容亦区别重要性、出题可能性而在份量上有所侧重。

特别指出，部分作者还曾参与过命题及阅卷工作，他们在编写过程中尤其注重该书的实际针对性和可操作性。本书以其内容丰富，行文简洁，表述准确，观点权威而倍受各方好评，成为参加全国律师资格考试考生的首选参考用书。

愿本书能够成为一切有志于献身律师事业的考生的良师益友！

编写者

1998年4月

目 录

第一编 法学基础理论与宪法

第一章 法学基础理论	(1)	四、选举制度	(31)
一、法的一般理论	(1)	五、国家结构形式	(33)
二、法的起源和历史发展	(5)	六、我国的行政区划	(34)
三、资本主义法	(7)	七、我国的经济制度	(35)
四、社会主义法的理论	(8)	八、我国公民的基本权利和义务 ..	(36)
第二章 宪法	(23)	九、八届全国人大一次会议对宪法 的修改	(41)
一、宪法的基本理论	(23)	十、国家机构	(42)
二、国家性质	(27)	十一、国家标志	(43)
三、国家形式	(29)		

第二编 国际私法与国际经济法

第一章 国际私法	(45)	六、国际民事诉讼程序规范	(53)
一、国际私法概述	(45)	第二章 国际经济法	(54)
二、法律冲突与冲突规范	(46)	一、国际货物买卖	(54)
三、与冲突规范的适用有关的 制度	(47)	二、国际海上货物运输与保险	(62)
四、自然人、法人的权利能力和 行为能力的法律适用	(49)	三、国际技术转让	(65)
五、涉外民事关系的法律适用	(51)	四、国际贸易支付	(68)
		五、国际投资	(73)

第三编 刑事法律知识

第一章 刑法	(79)	二十八、贪污贿赂罪	(153)
一、刑法概述	(79)	二十九、渎职罪	(155)
二、刑法的效力范围	(80)	三十、军人违反职责罪	(157)
三、犯罪概念	(81)	第二章 刑事诉讼法	(159)
四、犯罪构成	(82)	一、刑事诉讼和刑事诉讼法及其		
五、犯罪客体	(83)	修正	(159)
六、犯罪客观要件	(83)	二、刑事诉讼结构模式	(160)
七、犯罪主体	(85)	三、刑事诉讼法的立法宗旨与		
八、犯罪主观要件	(86)	任务	(161)
九、排除社会危害性的行为	(87)	四、刑事诉讼的基本原则	(162)
十、故意犯罪的犯罪形态	(88)	五、诉讼参与人	(168)
十一、共同犯罪	(90)	六、管辖	(169)
十二、定罪	(91)	七、回避	(170)
十三、刑事责任与刑罚概述	(92)	八、辩护与代理	(171)
十四、刑罚的体系和种类	(94)	九、证据	(173)
十五、量刑	(96)	十、强制措施	(175)
十六、数罪并罚	(99)	十一、附带民事诉讼	(178)
十七、缓刑	(100)	十二、期间和办案期限	(179)
十八、减刑、假释	(101)	十三、立案	(179)
十九、时效、赦免	(103)	十四、侦查	(180)
刑法分则概述	(104)	十五、提起公诉	(181)
二十、危害国家安全罪	(106)	十六、审判组织	(183)
二十一、危害公共安全罪	(108)	十七、第一审程序	(184)
二十二、破坏社会主义市场经济		十八、第二审程序	(189)
秩序罪	(115)	十九、死刑复核程序	(192)
二十四、侵犯公民人身权利、		二十、审判监督程序	(193)
民主权利罪	(133)	二十一、涉外刑事案件		
二十五、侵犯财产罪	(136)	审理程序	(195)
二十六、妨害社会管理秩序罪	(139)	二十二、执行	(196)
二十七、危害国防利益罪	(151)			

第四编 民事法律知识

第一章 民法通则	(201)	八、遗产的分割	(286)
一、民法通则的基本原则	(201)	九、被继承人债务的清偿	(286)
二、民法的调整对象	(201)	十、无人继承遗产的处理	(287)
三、民法通则的适用范围	(202)	十一、涉外继承	(287)
四、公民(自然人)	(203)	十二、继承纠纷的诉讼时效	(287)
五、法人	(209)	第五章 民事诉讼法	(288)
六、民事法律行为	(213)	一、民事诉讼法概述	(288)
七、代理	(216)	二、民事诉讼法的特有原则和 民事审判基本制度	(290)
八、物权	(219)	三、管辖	(292)
九、债权	(224)	四、审判组织	(296)
十、合同	(230)	五、诉讼参加人	(296)
十一、人身权	(239)	六、证据	(302)
十二、民事责任制度	(241)	七、期间、送达	(304)
十三、诉讼时效	(246)	八、法院调解	(306)
十四、涉外民事关系的 法律适用	(248)	九、财产保全和先予执行	(307)
十五、期间	(248)	十、对妨害民事诉讼的 强制措施	(309)
第二章 知识产权法	(248)	十一、诉讼费用	(311)
一、知识产权的概念、 特征及种类	(248)	十二、普通程序	(313)
二、著作权法	(249)	十三、简易程序和特别程序	(319)
三、商标法	(259)	十四、民事判决、裁定和决定	(322)
四、专利法	(264)	十五、第二审程序	(323)
第三章 婚姻法	(270)	十六、审判监督程序	(326)
一、婚姻法的基本原则	(270)	十七、督促程序	(328)
二、结婚	(271)	十八、公示催告程序	(329)
三、离婚	(274)	十九、企业法人破产还债程序	(330)
第四章 继承法	(278)	二十、执行程序	(332)
一、我国继承法的基本原则	(278)	二十一、涉外民事诉讼程序的 特别规定	(338)
二、遗产的范围及其确定	(278)	第六章 仲裁法律制度	(344)
三、继承的开始、接受和放弃	(279)	一、仲裁概述	(344)
四、继承权的丧失	(279)	二、仲裁法的适用范围和仲裁 原则	(345)
五、法定继承	(280)	三、仲裁组织和仲裁员	(345)
六、遗嘱继承和遗赠	(283)		
七、遗产的处理	(285)		

四、仲裁协议	(346)	六、人民法院对仲裁的 支持和监督	(348)
五、仲裁程序	(346)	七、涉外仲裁	(349)

第五编 经济法律知识

第一章 经济法概述	(353)	一、保险和保险法概述	(406)
一、经济法的概念和调整范围	(353)	二、保险合同	(406)
二、经济法律关系	(354)	三、保险公司和保险业的 监督管理	(408)
第二章 企业法律制度	(355)	第七章 土地管理法律制度	(410)
一、全民所有制工业企业 法律制度	(355)	一、土地管理法概述	(410)
二、集体所有制企业法	(359)	二、我国的土地所有制形式和 土地管理机关	(410)
三、私营公司法	(362)	三、土地的所有权和使用权	(410)
四、外商投资企业法	(362)	四、土地的利用和保护	(411)
五、公司法	(368)	五、国家建设用地	(411)
六、合伙企业法	(378)	六、乡(镇)村建设用地	(411)
第三章 反不正当竞争、产品质量、 价格和消费者权益保护 法律制度	(380)	七、违反土地管理法的 法律责任	(411)
一、反不正当竞争法	(380)	第八章 经济和技术合同法律 制度	(413)
二、产品质量法	(383)	一、经济合同法	(413)
三、价格法	(385)	二、涉外经济合同法	(417)
四、消费者权益保护法	(387)	三、技术合同法	(420)
第四章 税收法律制度	(390)	第九章 劳动法律制度	(423)
一、税法的概念、构成要素和 分类	(390)	一、劳动法概述	(423)
二、税收征收管理法	(397)	二、劳动合同	(423)
第五章 金融法律制度	(400)	三、集体合同	(425)
一、金融法概述	(400)	四、工作时间和休息休假	(426)
二、金融机构	(400)	五、工资	(426)
三、货币发行和现金管理	(401)	六、劳动安全卫生与女职工、 未成年工特殊保护	(427)
四、票据法律制度	(402)	七、社会保险	(427)
五、外汇管理法律制度	(403)	八、劳动争议	(428)
第六章 保险法律制度	(406)		

第六编 行政法律知识

第一章 行政法总论	(429)	十三、行政复议	(466)
一、行政法概述	(429)	第三章 行政处罚法	(470)
二、行政主体	(430)	一、行政处罚法概述	(470)
三、行政行为	(433)	二、行政处罚的种类和设定	(471)
第二章 行政诉讼与行政复议	(436)	三、行政处罚的实施机关	(472)
一、行政诉讼法概述	(436)	四、行政处罚的管辖和适用	(473)
二、人民法院受理行政案件的 范围	(441)	五、行政处罚的决定	(473)
三、行政诉讼管辖	(444)	六、行政处罚的执行	(474)
四、行政诉讼参加人	(447)	第四章 国家赔偿法	(475)
五、证据	(450)	一、国家赔偿法概述	(475)
六、起诉和受理	(453)	二、国家赔偿责任	(475)
七、审理	(454)	三、国家赔偿的范围	(476)
八、行政诉讼中的法律适用	(458)	四、国家赔偿主体	(477)
九、裁判	(459)	五、行政赔偿	(477)
十、行政案件的执行	(461)	六、司法赔偿	(481)
十一、行政诉讼强制措施	(464)	七、国家赔偿的方式和 计算标准	(486)
十二、涉外行政诉讼	(465)	八、其他规定	(488)

第七编 律师实务与律师职业道德和执业纪律

第一章 律师制度概述	(491)	九、法律援助	(501)
一、律师制度的概念和特点	(491)	十、律师法律责任	(501)
二、律师制度的沿革	(492)	十一、对外国律师事务所在中国设立 的办事处的管理	(502)
三、新中国律师制度的建立与 发展	(493)	第二章 律师职业道德和 执业纪律	(503)
四、我国律师的性质、任务和 工作原则	(495)	一、律师职业道德	(503)
五、律师的执业条件	(496)	二、律师执业纪律	(506)
六、律师事务所	(498)	第三章 律师的民事诉讼代理和 经济诉讼代理	(509)
七、执业律师的权利和义务	(499)		
八、律师协会	(501)		

一、律师民事诉讼和经济诉讼代理的概念、特征	(509)	第五章 律师在行政诉讼中的代理	(528)
二、律师民事诉讼和经济诉讼代理的种类	(510)	一、律师行政诉讼代理的概念及其特征	(528)
三、代理律师的诉讼地位	(511)	二、行政诉讼原告的律师代理	(529)
四、律师代理民事诉讼和经济诉讼的工作步骤和方法	(512)	三、行政诉讼被告的律师代理	(530)
五、代理律师在调解或和解中的作用	(517)	第六章 律师担任法律顾问	(531)
六、二审及审判监督程序中的律师代理	(517)	一、律师担任法律顾问的概念	(531)
第四章 律师在刑事诉讼中的辩护和代理	(518)	二、律师担任法律顾问业务的种类	(531)
一、律师从事刑事辩护和代理业务的法律依据	(518)	三、律师担任法律顾问的工作原则	(532)
二、律师担任辩护人的特点(优点)	(519)	四、律师担任企业法律顾问	(532)
三、律师担任辩护人的责任	(519)	五、律师担任政府法律顾问	(534)
四、辩护律师在刑事诉讼中的主要权利	(519)	六、律师担任公民法律顾问	(535)
五、辩护律师在刑事诉讼中的基本义务	(520)	第七章 律师办理非诉讼法律事务	(535)
六、律师在审查起诉阶段的辩护	(520)	一、律师办理非诉讼法律事务的概念和特征	(535)
七、律师在审判阶段进行辩护的工作步骤、方法和策略	(520)	二、律师办理非诉讼法律事务的范围	(536)
八、刑事诉讼中的律师代理	(524)	三、律师办理非诉讼法律事务的分类	(537)
		四、非诉讼代理	(538)
		五、居间调解、见证与声明	(543)
		六、提供法律建议	(544)
		七、代写法律事务文书	(550)

第一编 法学基础理论与宪法

第一章 法学基础理论

一、法的一般理论

(一) 法、法律、法学的概念

1. 法的概念

法是最终由统治阶级的物质生活条件所决定的统治阶级意志的体现,是由国家制定或认可,并由国家强制力保证实施的行为规范体系;它通过规定保障社会关系主体在法律上的权利和义务,确认、保护和发展有利于统治阶级的社会关系和社会秩序。

2. 法律的概念

对“法律”一词可以有广义和狭义两种理解。广义的“法律”与“法”含义相同,是指由国家制定或认可,并由国家强制力保证实施的行为规范的总称。狭义的“法律”是指法律规范的渊源形式(或表现形式)之一,即由享有国家立法权的国家机关按法定程序制定颁布的规范性文件。在我国,只有全国人大及其常委会有权制定颁布狭义的“法律”,而其他国家机关制定的具有法律效力的规范性文件则称为“行政法规”、“地方性法规”或“规章”等。

3. 法学的概念

法学又称为法律科学,是指以法和法律现象及其发展规律为专门研究对象的一切学科的总称。

法学可以分为理论法学和应用法学,理论法学着重研究法律现象的一般问题,如法的概念、本质、特点和功能,法与其它社会现象的关系,法和法律现象发展变化的一般规律等等。应用法学侧重研究法律的具体运作,如各具体部门法的原则、规范及其应用、立法与司法的活动过程及其原则、方法等等。

法学属于社会科学,具有鲜明的阶级性,任何法学理论体系都体现着一定阶级的政治观点和法律要求。为一定阶级的利益服务。马克思主义法学是为工人阶级和广大人民群众的利益服务的,它建立在辨

证唯物主义和历史唯物主义的基础,是科学地认识法律现象的有力武器。

(二) 法的本质、基本特征和法的作用

1. 法的本质

马克思和恩格斯在《共产党宣言》一文中一针见血地指出了资产阶级的本质,指出:“你们的法不过是被奉为法律的你们那个阶级的意志,……这个意志的内容是由你们那个阶级的物质生活条件来决定的。”这一论述对于我们认识法的本质具有普遍意义。

按照马克思主义法学的原理,法的本质至少应当从以下四个方面把握:

(1)法是统治阶级意志的体现,而不是被统治阶级或社会共同意志的体现。只有在经济上和政治上占统治地位的阶级,才能掌握国家政权,才能通过国家政权把它们的意志、愿望和要求制定或认可为法律。

(2)法是统治阶级整体利益和共同意志的体现。而不是统治阶级中个别人、个别集团或派别意志的体现。个别集团的意志如果不符合或不能反映统治阶级整体的利益,他们的执政地位就会被取代。因此从法的发展的全过程、从总体上看,法体现的是统治阶级的整体意志。

(3)法是被奉为“国家意志”的统治阶级意志。统治阶级意志有许多表现形式,如统治阶级的政策、道德、理论观点等,它们并不都表现为法律。只有通过统治阶级掌握的国家政权的制定或认可,这些愿望和要求才能转化为国家意志,上升为法律。

(4)法所体现的统治阶级意志的内容最终是由统治阶级的物质生活条件所决定的。统治阶级的意志不是凭空产生的,而是来自他们的社会实践,来自他们的物质生活条件。这个物质生活条件包括多方面因素。如社会生产力和生产关系状况和性质、地理

条件、历史传统等等。其中对法的本质起直接决定作用的是社会生产关系的性质和状况，它决定着统治阶级在社会生活中的经济地位，决定着他们的根本利益和价值观。也就是说，统治阶级的意志内容来源于他们的物质生活条件，受其物质生活条件的制约。

2. 法的基本特征

法的基本特征表明法作为一种特殊的行为规则独具的特点，说明法与其他社会行为规则的基本区别。

(1)法具有国家意志性。即法这种行为规则是由国家制定和认可的，在形式上表现为国家的意志。制定或认可是国家机关创制法的两种形式。制定是指有权创制法的国家机关按一定程序把统治阶级的意志制定为具有一定形式的规范性文件，如宪法、法律、行政法规等。认可是指国家立法机关或适用法的机关以一定方式赋予已经存在的某种行为规则（如习惯）以法律效力，使之上升为法律。

只有通过国家机关的制定或认可，一定行为规则才能上升为法律，具有国家意志的属性，获得全体居民一体遵行的普遍效力。法的国家意志性是其他行为规则都不具备的基本特征。

(2)法具有国家强制性。任何行为规范都有一定强制作用，如组织纪律、习惯，甚至道德，它们都可以使人们迫于某种压力而不得不遵守。法的特点在于它的实施有国家强制力的保证，以军队、监狱、警察、法庭等国家暴力机关作为法律实施的特殊保障。

(3)法以主体的权利和义务作为主要内容。法通过为主体规定一定行为模式来体现统治阶级的意志，这种行为模式表现为主体之间在法律上的一系列权利和义务关系。法律上的权利指法律赋予主体的行为自由或权能，如所有权、人身权等。法律上的义务指法律人们必须履行的某种责任，如纳税义务、不侵犯他人财产所有权的义务等。同时应当注意的是，法律规定的权利和义务是由国家确定的，而且有国家强制力的保证，任何主体违反法律规定，侵犯他人的权利或不履行法定义务行为，将会受到法律的制裁。这使主体在法律上的权利义务与道德、宗教或其他权利义务区别开来。

(4)法是明确的、普遍的规范。任何行为规则都具有规范性和概括性，规范性是指作为一种规则、范例，任何行为规则都会给人们提供一定的行为标准或尺度。概括性是指行为规则的适用范围在时间、空间和对象上具有普遍性，它提供的行为标准不是针对某个具体主体或具体场合，而是某一类或某一类场合，而且同一行为规则在一定时期内、在同样条件

下可以反复适用。行为规则所具有的规范性和概括性，可以保障它所确认和维护的社会关系得以稳定化和有序化。

法律也有规范性，作为一种特殊的行为规则，它提供的行为标准较之其他行为规则更加明确、具体。它规定了人们在一定场合可以如何行为、应当如何行为，以及违法行为应当承担的法律责任，对主体的各种权利与义务和法律责任之间都有较为严格的界定。

法的概括性表现为法律规范所提供的行为标准是抽象的，一般的，可以适用于广泛的主体，而不是某个特定主体；法律规范在其制定机关管辖的范围内具有普遍效力，而且可以反复适用。由于法具有国家意志的性质，它的普遍性比其他行为规则更为广泛，这一特点使得法成为维护稳定与秩序的有效手段。

3. 法的作用

法的作用是法对人们行为和社会生活发生的影响，是国家权力运行过程的体现，法的作用归根结底是社会经济基础也即生产关系自身力量的体现。法的作用可以从不同的方面和层次来考察和分类，最常见的是分为法的规范作用和社会作用。

法的规范作用和社会作用是法发生作用的两个不同层次，二者是手段和目的的关系。法的规范作用是实现其社会职能的手段，而法的社会作用则是其规范主体行为的目的。

(1) 法的规范作用

法的规范作用是指法直接对社会关系主体的行为发生的作用和影响，主要表现在以下方面：

指引作用，即通过规定权利和义务，为人们提供行为模式，指导主体的行为。

评价作用，即作为一种行为标准和尺度，判断和衡量人们的行为。

预测作用，指根据法律的规定，人们可以预先知晓人们相互之间将如何行为，其彼此的行为后果，以及国家对于态度这种相互行为的态度，据此作出正确的选择。

强制作用，即法以国家强制为后盾，对违法行为进行制裁，保障主体合法权利和功能。

教育作用，一方面是指法可以通过其规定向人们灌输占统治地位的意识形态，另一方面也指法的制定和实施能够对人们今后的行为发生影响作用。

(2) 法的社会作用

法的社会作用是指法通过规范人们的行为对社会关系和社会秩序所发生的作用和影响。法的社会作用也可以从不同方面和角度来认识，如法对于社

会经济关系、政治关系、婚姻家庭关系等社会关系的确认、组织、调整和保障作用。最常见的方法是把法的社会作用分为法的阶级统治职能和社会公共职能。

法的阶级统治职能又称法的政治职能，指统治阶级运用国家和法律处理各种政治力量之间的关系，把自己的统治合法化、制度化，把阶级之间的矛盾和斗争控制在统治阶级的根本利益许可的范围以内，维护有利于统治阶级的社会关系和社会秩序。法的政治职能主要表现在以下方面，一是处理统治阶级与敌对的阶级、集团之间的关系；二是处理统治阶级与其同盟者之间的关系；三是处理统治阶级内部的个人、集团和整体之间的关系。

法的社会公共职能是指法在调整政治关系以外的其他关系，执行和处理各种社会公共事务方面的作用，例如维护社会治安，保障自然资源的合理开发和利用，维护环境和生态平衡，促进教育和科学技术等等。

法的阶级统治职能和社会公共职能的根本目的是一致的，执行社会公共职能是实现阶级统治的基础，维护统治阶级的统治是执行社会公共职能的根本目的。在私有制社会，法的阶级统治职能和社会公共职能在一定条件下可能发生冲突，而社会主义法的阶级统治职能与社会公共职能则是高度统一的。

（四）法的渊源、法的基本分类

1. 法的渊源

法的渊源在广义上指法的来源，如经济的、政治的、历史的来源。但在法学研究中作为专门术语，它主要指法的形式意义上的来源，也就是法的“形式渊源”，即由法的不同创制方式所决定的法律规范的不同表现形式和效力等级的类别。法律规范的创制方式不同，其表现形式、法律地位和效力等级也有不同。

法的渊源与法的本质有一定联系。不同历史类型的法，其渊源形式往往也有差别。如在实行等级制的奴隶制和封建制国家，君主的命令是最重要的法源，具有最高的法律效力。而在现代国家，立法机关制定的宪法和法律则是法的基本渊源。

法的渊源还取决于不同国家或地区的法律文化传统及其发展变化。最早出现的法都是不成文的习惯法，随着法律文化的发展，成文法和判例法逐渐占居主导地位。又如，同为资本主义法，大陆法系的法律渊源主要是制定法，而英美法系则主要是判例法。因此，我们在认识一国法律制度的本质时，必须深入考察法所维护的生产关系性质和体现的阶级意志，不能只看法的表现形式。

2. 法的基本分类

根据不同的标准，可以对法作出不同的分类，例如按照法律制度的经济基础和阶级本质，可以将法分为不同的历史类型。这里介绍的主要是根据法在外形式、结构及调整范围等方面的某些特点所作的分类：

第一，国际法和国内法。国际法主要调整国家间的相互关系，主体一般是国家。国内法调整国内的社会关系，其主体主要是该国的公民和法人等，国家作为一个整体仅在某些法律关系中作为主体。

第二，根本法和普通法。根本法即宪法，它规定国家和社会生活中最根本、最重要的问题，如国家的政治经济制度、公民的基本权利义务、国家机构的组织及活动原则等，具有最高的法律效力，现代国家宪法的制定和修改一般都须经过特殊的程序。普通法指宪法以外的其他法律，它规定的内容只限于社会关系的某一方面，如民事关系、行政管理关系等。普通法的法律效力低于宪法，制定普通法必须以宪法为依据，其内容是宪法原则在某一方面的具体化。

第三，一般法和特别法，这是根据法律效力范围的不同划分的。在效力范围上具有普遍性的法律，即对一般人、一般事项有效，在全国范围内有效，或没有规定特定生效期限，因而在其修改或废止前任何时间均有效的法律，称为一般法。反之在效力范围上不具有普遍性的法律，如只适用于特定主体、特定区域或规定了特定生效期限的法律，称为特别法。

第四，实体法和程序法。规定主体在实际社会生活中权利与义务的法律称为实体法，如民法、刑法、行政法等。规定实现实体法中的权利义务所必需的有关诉讼程序或手续的法律称为程序法，如民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼法等。程序法规定的主要内容是主体在诉讼过程中的权利或义务。

第五，成文法和不成文法，这是指法的不同渊源形式。成文法亦称制定法，是指享有法律规范创制权的国家机关依照法定程序制定和颁布的，表现为条文或规范性文件形式的法律。不成文法是指国家机关以一定方式认可的、不具有条文或规范性文件形式的法律规范，一般指习惯法。判例法也是特定意义上的不成文法。

第六，公法和私法。公法与私法是罗马法学家最早采用的划分方法。关于二者的划分标准，目前仍无统一论。有的观点认为划分标准取决于法律所保护的利益，凡以保护公用利益为目的的法律即是公法，反之，以保护私人利益为目的的法律则是私法；还有的观点认为划分标准应是法律关系的范围和特点，凡法律关系主体各方都是自然人或法人的法律就是私法，而法律关系主体的一方或双方是国家的

法律则是公法。尽管划分的标准不同,但西方学者一般都将宪法、刑法、行政法等部门法视为公法,而将民法、婚姻法、继承法等划归私法。

(五) 法与其他社会现象的关系

1. 法与经济的关系

(1) 法与经济基础:

经济基础对法的决定作用:

第一,社会经济基础的性质决定法的本质,一定社会经济基础的性质决定着哪一个阶级能够在社会生活中居于统治地位,从而决定着国家政权和法律的根性质。

第二,社会经济基础的内容决定法的内容。“法是生产关系的法律表现”(马克思语),法律把生产关系的要求以及与此相适应的其他社会关系的要求转化为主体在法律上的权利和义务关系,法律的内容来自经济基础。

第三,社会经济基础的发展决定法的发展。经济基础性质的变化,决定了法的历史类型的变更;在同一社会形态中,经济基础的局部变化,也会引起法律内容的相应变化。

法对经济基础的反作用:

第一,创建作用。法最终是由社会经济基础决定的,但法在社会经济基础发展的过程中并不总是被动的。在新的经济关系建立的过程中,可以运用法律摧毁或削弱旧的经济关系,创立新型的经济关系,从而促进新的经济基础形成。

第二,确认和巩固作用。法可以把一定经济关系的要求以法律形式肯定下来,使之确定化、普遍化、规范化。

第三,保护作用。法律可以运用国家强制力,抑制和打击敌对势力的破坏,制裁违法行为,保护社会经济基础不受侵害。

此外也应注意到,法对经济基础的反作用不是自发的,而是通过人们,特别是立法者有意识的活动而实现的,因而,这种反作用可能具有两面性。当法能够正确反映经济基础的客观要求时,法对经济基础的反作用就是积极的,而当法不能正确反应经济基础的客观要求时,它的反作用就是消极的。

(2) 法与社会生产力

社会生产力水平及其发展对法的最终决定作用:

生产力的发展是人类推动整个人类社会发展的终极因素。一定社会的生产力水平最终决定着人们在生产活动中的相互关系,即生产关系性质和状况,决定着整个社会上层建筑,包括法的性质和状况。

在一定形态的社会内部,生产关系的性质没有

发生根本变化的情况下,社会生产力的发展也会引起对法的发展产生一定的影响。例如,生产力的发展会引起一些新的生产关系产生,不断对法律调整提出新的要求;又如,生产力的发展使原本不那么普遍和重要的生产关系上升为占主导地位的生产关系,从而扩大了法律调整的范围。

需要指出的是,科学技术在现代生产力中具有重要地位,是第一生产力。科学技术对法律调整的要求十分突出,它对法的发展的推动作用,表现在扩大法律调整的范围,为法律调整过程提供物质条件和工具等许多方面。

法对社会生产力的反作用:

法对生产力的作用,一般要通过生产关系的中介。一定的生产力要求与其相适应的生产关系。法律把适合生产力发展要求的生产关系和其他社会关系确认下来,转化为社会关系参加者之间在法律上的权利义务关系,并以国家强制力加以保护,促进了生产力的发展。

法对于生产力的保护和促进作用主要表现在两个方面,一是确认和维护适应生产力发展需要的生产关系,制裁破坏这种关系的行为。二是抑制或改造与生产力发展不相适应的经济关系,创建适合生产力发展要求的新的经济关系,例如在经济体制改革中发布直接贯彻改革措施的法律,有力地促进了生产力的发展。

除了通过调整基本经济关系保障生产力的发展以外,还有些法律规范的内容是直接涉及生产力的,例如自然资源的保护及合理开发利用、人口的计划与控制,以及直接体现自然规律要求的法律技术规范等等。随着科学技术的发展,法律中的这类规范将会日益增加。

2. 法与国家的关系

(1) 国家是法产生、存在和发生作用的政治基础。

第一,法律规范的产生要经过国家机关的制定或认可,没有国家的制定或认可,任何行为规则都不能上升为国家意志。

第二,法律的贯彻实施以国家强制力为后盾,凡违法行为,都必须承担法律责任,受到法律制裁。为此,国家有一系列专门负责保证法律实施的机关和人员。离开国家强制力的保障,法律就成为一纸空文。

(2) 法是组织国家权力,实现国家职能的重要手段。法对国家的作用主要表现在以下方面:

第一,法律确认国家政权的性质和基本国家制度。统治阶级的政权要通过法律的确而使之合法

化,国家政权的社会政治属性要表现为一系列基本制度,如经济制度、政治制度。现代社会中,有关国家基本制度的规定必须由法律确认并体现。

第二,法律执行国家的各项职能。国家的职能有多种表现,既包括阶级统治职能,也包括社会公共职能;既包括管理国家内部事务的职能,也包括处理对外关系的职能。所有这些职能,都必须通过法律来实现并获得保障。

第三,法律规定国家机关和公职人员的职权范围、活动准则和方式。首先,法律规定国家机关的组织和活动原则,包括国家机关的构成、职权范围和相互关系,公职人员的任免及考核方式,使统治阶级能够有效地组织自己的国家机关体系并发挥其效能。其次,法律规定社会生活的基本制度,为国家机关及其工作人员行使职权提供了标准和尺度。再次,法律为国家机关和公职人员行使职权提供程序和方法。最后,为防止国家机关和公职人员滥用职权或营私舞弊,法律还规定了一系列检查和监督措施,国家机关和公职人员的违法行为,必须依法承担相应法律责任。

3. 法与道德的关系

在阶级社会中,道德可以分为统治阶级道德和被统治阶级道德。法与统治阶级道德的联系极为密切,二者相互影响、相互渗透,共同调整并维护着有利于统治阶级的社会关系和社会秩序。而被统治阶级的道德则体现被统治阶级的愿望和要求,在本质上是现行法律制度的否定因素。作为两种基本的社会行为规范,法律和道德又有如下区别:

(1)一般说来,道德作为评价善恶、是非、美丑的伦理价值标准,可以存在于整个人类社会,包括阶级社会和无阶级社会;而法律则只是阶级社会的产物。

(2)在阶级社会的同一社会形态中,统治阶级和被统治阶级都有体现和维护自己利益的道德观;而法律体系则只有一个,只有掌握着国家政权的统治阶级能够运用国家政权把自己的意志制定为法律。

(3)统治阶级道德与法律的作用方向是一致的,法律所维护的是有利于统治阶级的社会关系和社会秩序;而被统治阶级道德与法律的作用方向是相反的,对现行法律制度从根本上持否定态度。当然,这也不排除被统治阶级道德对现行法的一些具体规定如执行社会公共职能的规范予以肯定。

(4)统治阶级道德虽然与现行法律制度具有内在的一致性,但二者在产生方式、实施方式、调整范围等方面也存在许多区别,不能简单混同。

4. 法与科学技术的关系

(1) 科学技术对法的发展的影响:

第一,科学技术对整个法律体系发展具有推动作用。科学技术促进社会生产力的发展,对法律调整不断提出新的要求,推动着法的发展。一是促使法律调整的范围不断扩大,产生了许多新的部门法,如有关资源、环境、经济和科技管理的法律;二是要求对相关领域社会关系所进行的法律调整日益精确、深入和完善,这就促使部门法体系在横向和纵向两个方面都不断向前发展。

第二,科技的发展使得法律实践与科学技术的联系日趋紧密,立法、执法和司法活动越来越依赖于现代科技成果。一方面,许多与科技有关的具体立法都必须有相应的科技理论和技术知识作为依据;另一方面,执法和司法实践中也往往要大量采用现代科学技术方法和成果。因此,不仅要求法律工作者不断更新和完善知识结构,而且要求不同领域的科技专家参与立法和司法活动。

第三,科学技术的发展为法律实践和法学研究的发展提供新的条件,包括各种新的方法、工具和手段,如各种有关资料、数据、证据等各种信息和收集、存贮、检验、处理等。现代科技方法和手段的采用,不仅大大提高了法律实践和法学研究工作的效率,而且使它们日益科学化、现代化。

(2) 法律对科学技术发展的推动和保障作用:

第一,组织管理科技活动,协调科技活动中的各种社会关系,如确定科研管理体制,规定科研组织的法律地位、机构和权能,确认科技发展方向和规划等。

第二,鼓励和保护发明创造,如以法律手段确认和保护发明者的人身和财产权利,规定对做出重大科学发现者的奖励措施等。

第三,促进科技成果的推广和应用,确认从科技成果的审查鉴定、知识产权制度直接到技术市场的交易规则和管理方式等一系列相关制度,推动和保障科技成果的转化和应用。

第四,协调和处理因科技发展引起的各种社会矛盾和问题,抵制和防范科技发展可能产生的消极后果。

二、法的起源和历史发展

(一) 法的起源

1. 法产生的历史过程

法的产生有深刻的经济根源和阶级根源,是原始社会后期社会基本矛盾发展的必然结果。

(1)生产力的发展,剩余产品的出现,一方面促

进了分工和交换的发展，另一方面使得占有他人的劳动成为可能，最终导致了私有制的出现和阶级分化，人类历史进入了阶级社会。

(2) 社会的分裂破坏了原始氏族成员之间的平等关系，社会陷入了尖锐的阶级矛盾和冲突。为了防止相互冲突的阶级在无休止的斗争中同归于尽，就需要一种在表面上凌驾于社会之上的力量，通过专门的组织和普遍规则把冲突控制在符合统治阶级利益的秩序范围以内，把人们的行为以法定权利和义务的方式肯定下来，使其普遍化、神圣化，并以特殊强制力加以保障。于是，国家与法便同时产生了。

2. 法产生的一般规律

恩格斯指出：“在社会发展的某个很早的阶段，产生了这样一种需要，把每天重复着的生产、分配和交换商品的行为用一个共同规则概括起来，设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯，后来便成了法律。与法律产生的同时，就必然产生出以维护法律为职责的机关——公共权力，即国家。在社会进一步发展的过程中，法律便发展成为或多或少广泛的立法。”恩格斯的论述，集中概括了法产生的一般规律。具体表现为：

(1) 随着带有偶然性的社会关系在发展过程中逐步普遍化和定型化，人们调整社会关系的方式也由对行为的个别性调整逐渐向一般性、规范性的调整方式转变。出现早期的习惯调整。这种调整方式的转变为人们的行为提供了相对稳定的标准和可预测的行为模式，使人们开始摆脱偶然性、任意性的支配。

(2) 法的产生经历了由习惯转变为习惯法，又由习惯法转变为成文法的过程，这标志着人类社会调整方式的发展是从自发向自觉的演进。

(3) 法的产生与国家有紧密的联系，二者基于相同的原因产生，相互依存，不可分割，离开任何一方，另一方都无法单独存在。

此外，法的产生也是社会调整方式不断分化的产物。早期的习惯是混沌一体的，随着社会生活的复杂化和多样化和调整文化的不断积累，道德、宗教和法律逐渐从习惯中分化出来，形成了各具特色的调整措施，构成社会调整系统。

法产生的主要标志是权利和义务的分离、国家的产生和诉讼与司法的出现。

(二) 法的历史发展

1. 法的历史类型的概念

法的历史类型是按照法赖以建立的生产关系类型和法所反映的阶级意志的不同对历史和现实的不同国家和地区的法律制度进行的分类。凡建立在同

一经济基础之上，体现同一阶级意志的法便属于同一历史类型。迄今人类历史上存在过四种历史类型的法律制度，即奴隶制法、封建制法、资本主义法和社会主义法。

法的历史类型更替的根本原因在于社会基本矛盾的运动，马克思指出：“社会的物质生产力发展到一定阶段，便同它们一直在其中活动的现在生产关系或财产关系(这只是生产关系的法律用语)发生矛盾。于是这些关系便由于生产力的发展形式变成生产力的桎梏。那时社会革命的时代就到来了。随着经济基础的变更，全部庞大的上层建筑也或慢或快地发生变革。”

2. 不同历史类型法之间的继承性

法的继承性一般指不同历史类型的法之间存在的历史联系性。不同历史类型的法具有本质区别，但同时它们之间也存在着某些必然联系，表现为新型的法律制度在取代先前的法律制度时，总是在吸取旧法中适合新的社会形态需要的某些合理因素的基础上获得发展。

3. 法的移植

法的移植与法的继承不完全相同，它主要是指一国对同一时代其他国家法律的引进或采纳。其基本含义是在鉴别和认同的基础上，引进、吸收、采纳和同化外国法律制度中的合理因素，使之成为本国法律制度的有机组成部分。在科学技术迅猛发展，生产日益社会化、国际化，国家之间交往日益增加的今天，法律移植是各国法律发展的重要途径之一。

4. 前资本主义法

(1) 奴隶制法的基本特征

奴隶制法是奴隶主阶级利益和意志的集中体现，是由奴隶制国家制定和认可，并由国家的强制力保证实施的行为规则的总和，其目的在于维护有利于奴隶主阶级的社会关系和社会秩序。

奴隶制法通常具有如下特征：

第一，公开确认奴隶主对奴隶的人身占有关系。

第二，公开维护等级制度，确认自由民内部的不平等。

第三，以严刑峻法维护奴隶主阶级的统治。

第四，在形式上和具体内容上都还保留着许多原始社会行为规则的残余。

(2) 封建制法的本质和特征

封建制法是封建地主阶级利益和意志的集中体现，是由封建制国家制定和认可，并由国家的强制力保证实施的行为规则的总和，其目的在于维护有利于封建地主阶级的社会关系和社会秩序。

封建制法一般都具有如下特征：

第一，确认封建土地所有制基础上的农民对于地主的人身依附关系。

第二，公开确认和维护封建等级特权。

第三，确认和维护封建君主专制制度。

第四，以残酷和野蛮的刑罚为手段，维护王权和社会秩序。

三、资本主义法

(一) 资本主义法的产生

西欧中世纪后期，随着资本主义经济关系的发展，逐步产生了带有资本主义因素的法律，这类法律的产生主要有三种形式。一是随着海上贸易的发展，在意大利出现了海商法，如11世纪那不勒斯附近的阿马尔非制定的《阿马尔非法典》和15世纪巴塞罗那制定的海商法典。二是随着文艺复兴运动开始的“复兴罗马法”运动，欧洲大陆许多国家纷纷开始研究和采用反映商品经济要求的罗马法，并进一步发展了罗马法，使之适用于资本主义的经济关系。三是15至16世纪，在英国出现了反映资本原始积累要求的法律。

上述法律虽然都在一定程度上带有资本主义因素，但还不能说是完全意义上的资本主义法。只有在资产阶级在经济和政治上获得统治地位，取得国家政权以后，才能制定实施真正反映自己意志的完全意义上的资本主义法。

(二) 资本主义法的基本特征

资本主义法的基本特征归根结底取决于资本主义社会的经济关系以及与此相适应的社会政治关系的要求，它的基本特征可以从以下三个方面来认识：

第一，在经济关系上，资本主义法维护“私有财产神圣不可侵犯”的原则，维护“契约自由”原则，确认并保护以剥削雇佣劳动为基础的资本主义私有制。

第二，在政治领域，资本主义法维护资产阶级专政的代议制政府，维护以资产阶级民主政治为基础的自由、平等和人权。资本主义法规定了以包括普选制、代议制、三权分立等原则为基础的政权组织形式，以此确认和维护资产阶级政权的合法性。同时，资本主义法确认了“法律面前人人平等”的原则，并将其作为公民的权利和自由在法律上的保障。然而，以生产资料私有制下财富占有的不平等为前提的自由、平等，只能是形式上的平等，不可能是真正的平等。

第三，在治国方式上，资产阶级宣扬法律至上，主张以民主政治为基础的依法治国的原则，注重发

挥法律在社会生活中的作用，通过建立完善的法律制度，全面调整社会生活。这在历史上是一个巨大的进步，体现了社会化生产、市场经济和现代民主政治的要求，但同时也应当看到，资本主义的法制原则与资本主义市场经济和资产阶级民主相联系，是资产阶级民主的制度化 and 法律化。

(三) 资本主义法制的发展

迄今为止，资本主义的发展大致可以分为两个时期，即自由资本主义时期和垄断资本主义时期。这两个时期中，资本主义法制的本质是相同的，但又各有自己的特点。

自由竞争时期的资本主义法律，在经济上突出保护私有财产和契约自由原则，排斥政府干预，在政治上确认资产阶级民主和保护个人权利的原则。这一时期，资产阶级出于建立和巩固资本主义生产关系及其政治制度的迫切需要，十分重视法制原则，强调法律至上，主张依法治国，并通过一系列立法活动，废除或改革旧的封建法律制度，建立了新的适合自由市场经济和资产阶级民主政治需要的较为完备的法律体系。这一时期的资本主义法制起到了历史的进步作用。

垄断资本主义时期，资本主义法制的重大变化就是所谓“法律社会化”。强调法律不仅要保护个人权利，更要保护“社会利益”。国家加强了对社会生活的干预，通过法律贯彻“福利国家”的政策，制定了大量有关保护“社会利益”的立法。如有关失业救济的立法、保护消费者的立法、保护能源和环境的立法等等，传统意义上的“公法”与“私法”的划分也在一定程度上被打破。这表明资本主义法制又有了一定程度的发展，也说明随着社会生产力的发展，在客观上要求运用法律手段扩大对社会公共事务的调整范围。应当看到，所谓“法律社会化”的背景是垄断资本集团与国家权力的结合，他们运用自己掌握的政治权力，以“国家”和“社会”的名义，干预经济和社会生活，其目的是为垄断资本获取高额利润服务，维护有利于垄断资本的社会关系的社会秩序。

另一方面，在许多发达资本主义国家中，行政权力逐渐强化，委任立法和授权立法日益增多，议会的地位不断削弱；在司法上，传统的以法律规则为中心的原则正在逐步转化为以目的和政策作为审判依据的原则，法官的自由裁量权不断扩大。这些现象又在一定程度上表明，在垄断资本主义时期，资本主义民主和法制原则经常遭到破坏。

(四) 法系

1. 法系一词是比较法研究中常用的概念，一般